Die Verwertbarkeit der künftigen Nacherbschaft.

Alfred von Kessel

1931.

Die Verwertbarkeit der künftigen Nacherbschaft.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Alfred von Kessel,

Gerichtsreferendar a. D. aus Liegnitz.

MARBURG 1931.

Druckerei W. May
Köln, Trajanstr. 39 Tel. 94702

Als Dissertation
von der Rechts= und Staatswissenschaftlichen
Fakultät angenommen.

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Mai 1931.

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. Leonhard.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Inhalt

Seite:

Schrifttum 5

Die Aufgabe 9

Die Nacherbfolge und ihre Bedeutung. 11

Die rechtliche Stellung des Nacherben. 16

Der Schuldvertrag über die Nacherbschaft . . . 25

Die Übertragbarkeit der Anwartschaft 29

Die Übertragbarkeit des Herausgabeanspruchs und der Schutzrechte 37

Die Rechtslage im Fall einer Nacherbengemeinschaft. 43

Zusammenfassung der Ergebnisse 45

----oOo----

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547924_0184

Schrifttum.

(Die Dissertationen folgen am Schluß dieses Verzeichnisses.)

Boehm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Hannover 1900.

du Chesne, Das Recht des Nacherben. Zentralbl. für freiwillige Gerichtsbarkeit, 8. Jahrg., S. 534 ff.

du Chesne, Anwartschaften. Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, 9. Jahrg. S. 234.

du Chesne, Die Pfändung des Nacherbrechts. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 75, S. 235 ff.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. Jena 1924.

Crome, Erbrecht. Tübingen 1912.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Dernburg, Deutsches Erbrecht. Halle a.d.S. 1911.

Endemann, Anwartschaft. Handbuch der Rechtswissenschaft, I. Bd. Berlin und Leipzig 1926.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. III. Bd. I. Hälfte. Berlin 1919.

Goldschmidt, Nacherben. Handbuch der Rechtswissenschaft, IV. Bd. Berlin und Leipzig 1927.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Herold, Die Rechtsanwartschaft des Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalles und die rechtliche Stellung des sogenannten Ersatzerben.Zentralblätter für freiwillige Gerichtsbarkeit, 16.Jahrg.S.557 ff.

Herzfelder, Erbrecht.v.Staudingers Kommentar,V.Bd. München, Berlin,Leipzig 1928.

Hothorn, Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben. Leipzig 1911.

Jastrow, Formularbuch. Berlin 1903.

Kipp, Das Erbrecht.Lehrbuch von Kipp-Enneccerus-Wolff, II. Bd. 3.Abt.Marburg 1928.

Kretzschmar, Verfügungen des Nacherben über sein Recht auf die Erbschaft.Sächsisches Archiv,Bd. 13, S. 1 ff.

Leonhard, Erbrecht. Berlin 1912.

Leonhard, Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. Berlin 1926.

Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB.München und Leipzig 1929.

Loewenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. VI. Bd. Erbrecht.Berlin 1930.

Mantey, Kann nach Eintritt des Erbfalles der Nacherbe die Erbschaft wirksam annehmen, bevor sie ihm angefallen ist? Gruchots Beiträge, Bd. 60, S. 937 ff.

Meikel, Verfügungen des Vorerben und § 41 GBO. "Recht" 1905, S. 183 ff.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB. Leipzig 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.Berlin und Leipzig, 1888.

Peiser, Handbuch des Testamentsrechts.Berlin 1907.

Planck's Kommentar.V. Bd. Erbrecht.Berlin und Leipzig 1930.

Protokolle für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.Berlin 1899.

Reichsgerichtsrätekommentar — V.Band, Berlin und Leipzig 1928.

Semeka, — Das Wartrecht.Archiv für bürgerliches Recht,Bd.35, S.121 ff.

Strohal, — Das deutsche Erbrecht. Berlin 1903.

Soergel, — Bürgerliches Gesetzbuch,II.Band, Stuttgart 1929.

Thiesing, — Einige Bemerkungen über das Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben. Archiv f.d.zivilistische Praxis,Bd.94,S.229 ff.

v.Thur, — Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Leipzig 1910.

Wäntig, — Verfügungsrecht des Nacherben über seine Rechte vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge. Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, Bd.6, S. 377 ff.

Werner, — Recht der Schuldverhältnisse.v.Staudingers Kommentar, II.Band, 1.Teil. München, Berlin und Leipzig 1930.

Dissertationen.

Bohr, K. — Das Verfügungsrecht des Nacherben über seine erbschaftlichen Rechte vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge. Heidelberg 1925. Maschinenschrift.

Bollmann,H. — Rechtliche Natur,Verwertung u. Pfändung des "Rechtes des Nacherben". Halle 1921/22. Maschinenschrift.

Bussmann, R. — Die Diskontierung der Nacherbschaft. Göttingen 1914.

Czapski, K. — Die Verpfändung der Nacherbschaft nach ALR. und BGB. Heidelberg 1913.

Drechsler, K. — Die Veräusserung des Nacherbenrechts. Leipzig 1923. Handschrift.

Hartmann, R. — Die Verwertbarkeit des Nacherbenrechts. Breslau, 1922. Maschinenschrift.

Hintz, K. — Das Recht des Nacherben vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge und seine Verwertbarkeit. Greifswald 1915.

Jüttner,F.I. — Die Übertragbarkeit des Nacherbenrechts nach dem BGB. für das Deutsche Reich. Breslau 1921

Lenski, K. Rechtsgeschäfte des Vorerben und des Nacherben über die Erbschaft vor Eintritt des Nacherbfalles. Breslau 1922. Maschinenschrift.

Loosch, G. Das Recht des Nacherben und seine Abtretbarkeit. Breslau 1921.

Mannhardt, E. Die Verwertbarkeit der Rechte des Nacherben vor dem Eintritt d. Nacherbfalles. Greifswald 1911.

Mittag, H. Die Befugnis des Nacherben, über seine erbschaftlichen Rechte vor Eintritt des Nacherbfalles zu verfügen. Rostock 1912.

Richter, O. Die Übertragbarkeit des Nacherbenrechts. Greifswald 1914.

Ruhm, W. Die Rechtsstellung des Nacherben vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Göttingen 1926.

Stohn, G. Abtretung des künftigen Nacherbteils. Greifswald 1919.

Taucher, H. Das Verfügungsrecht des Nacherben über seine Anwartschaft. Breslau 1921/22. Maschinenschrift.

Ziffer, K. Veräusserungsbefugnisse des Nacherben vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge. Berlin 1921. Maschinenschrift.

Die Aufgabe.

Nach § 2100 des BGB. kann der Erblasser einen Erben (den "Nacherben") in der Weise einsetzen,daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe ("Vorerbe") gewesen ist. Während der Dauer der Vorerbschaft befindet sich der Nacherbe in einer Wartestellung; er ist noch nicht Herr des Nachlasses, wird es aber mit ziemlicher Sicherheit werden und hat darum bereits eine gewisse Rechtsbeziehung zu ihm. Es wird nun oft sein begreiflicher Wunsch sein, aus dieser Wartestellung Kapital zu schlagen,- sei es sie gänzlich zu veräußern, sei es sie zu verpfänden,- ebenso wie es in vielen Fällen ein nicht zu mißbilligender Wunsch seiner etwaigen Gläubiger sein wird, bei Gefährdung ihrer Forderungen noch während der Wartezeit seine künftige Erbschaft zu pfänden. Einer Beantwortung der viel umstrittenen Frage, ob solche Veräußerung, Verpfändung, Pfändung rechtlich zulässig ist, soll die folgende Untersuchung gewidmet sein.

Die Nacherbfolge und ihre Bedeutung.

Ehe zur eigentlichen Lösung der Aufgabe geschritten werden kann, muß zum Verständnis des ganzen Fragenkreises ein Blick auf die Rechtseinrichtung der Nacherbfolge geworfen werden: wie sie sich entwickelt hat, wie sie im geltenden Recht geregelt ist und welche Bedeutung sie genießt.

Da das römische Erbrecht von dem Satze "Semel heres, semper heres" beherrscht wurde, so war ihm die Möglichkeit mehrerer zeitlich einander ablösender Beerbungen desselben Erblassers fremd. Infolgedessen konnte sich keine Nacherbfolge im Sinne des heutigen Rechtes herausbilden. Ein ähnlicher wirtschaftlicher Erfolg wurde aber schon verhältnismäßig früh durch die Zulassung von Gesamtvermächtnissen erreicht,mit welchen die Erben belastet werden konnten. Indessen blieb der Fiduziar immer Erbe und haftete auch zunächst für die Nachlassschulden. Erst später ließ man den Übergang auch der Passiva auf den Fideikommissar zu. Mit Justinian kam diese Entwicklung zu einem vorläufigen Abschluß.- Die Rezeption fand ein germanisches Erbrecht vor,in welchem der Satz galt: "Deus solus heredes facere potest"- und in welchem infolgedessen die testamentarische oder erbvertragliche Einsetzung zweier einander nachfolgender Erben unmöglich war. In das gemeine Recht wurde nun das römische fideicommissum hereditatis aufgenommen. Man nannte dieses gemeinrechtliche Gesamtvermächtnis "fideikommissarische Substitution". Aus dieser schufen im 18. und 19. Jahrhundert die Landesgesetzgebungen, den Satz "Semel heres, semper heres" aufgebend, eine wirkliche Nacherbfolge, wenn auch noch die alte Form beibehalten wurde. In dieser Entwicklung ging das preußische ALR.[1] voran. Zwar verwendet es noch den Ausdruck"fideikommissarische Substitution",- aber schon ist der Substitut wahrer Erbe, nicht mehr Vermächtnisnehmer.So un-

1) § 466 I 12.

terscheidet sich seine Reglung nicht mehr wesentlich von der des BGB. Demgegenüber bedeutet die Vorschrift des code civil in seinem Art. 896 "Les substitutions sont prohibées" einen Rückschritt;nur insofern mußte er sich der Zeitentwicklung fügen, daß er die Substitutionen den Eltern gegenüber ihren Kindern zu Gunsten der Enkel und kinderlosen Erblassern gegenüber ihren Geschwistern zu Gunsten von deren Kindern gestattete.-Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 lehnt sich in seinem 10. Hauptstück "Von Nacherben und Fideikommissen" - hier taucht wohl zum erstenmal in der Gesetzgebung das Wort "Nacherbe"auf - an das preussische ALR. an, während sich das sächsische BGB. von 1863 (§§ 2503 - 2524) in seiner Reglung wieder dem römischen Rechte nähert. Trotz dem Widerstande einiger Romanisten - M o m m s e n nannte in seinem Entwurf eines Erbrechts von 1876 die Nacherbfolge ein"logisches Unding" - entschloß man sich, diese Rechtseinrichtung in das BGB. aufzunehmen und hat sie in dem Titel "Einsetzung eines Nacherben" (§§ 2100 - 2146) geregelt.

Die gesetzliche Begriffsbestimmung findet sich in § 2100:

"Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (Nacherbe)."

Gegenüber der sonstigen Fähigkeit, das Schicksal seines Vermögens über seinen Tod hinaus zu bestimmen, bedeutet die Möglichkeit, einen Nacherben einzusetzen, eine bedeutende Erweiterung: Man kann eine mehrstufige Erbfolge veranlassen,- seine Angelegenheiten auf Generationen von Erben hinaus ordnen. Damit aber der Wille des Toten die Lebenden nicht bis in alle Zukunft binde und aus der unter Umständen wohltätigen Festlegung des Nachlasses eine schädliche werde, bestimmt das Gesetz in § 2109, daß - mit zwei unbedenklichen Ausnahmen -die Einsetzung eines Nacherben mit dem Ablaufe von dreißig Jahren (also einem Menschenalter) unwirksam wird, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist[1].

Betrachtet man die rechtliche Stellung des Vorerben, so bemerkt man, daß er nicht viel besser gestellt ist als ein Nießbraucher. Zwar wird er Eigentümer, er-

1) Vgl. Denkschrift S. 283.

hält aber im wesentlichen nur die Nutzungen des Nachlasses. Über die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände kann er laut § 2112 verfügen, doch wird diese angebliche Grundregel alsbald von soviel Ausnahmen durchbrochen, daß nicht viel zu freier Verfügung übrig bleibt. Nicht nur, daß er selbstverständlich nicht letztwillig über den Nachlaß verfügen darf: Auch Grundstücksgeschäfte u. Schenkungen - soweit sie das Recht des Nacherben beeinträchtigen würden - sind ihm verwehrt (§2113), - Geld muß er mündelsicher anlegen (§ 2119) usw. Dazu ist er durch eine große Menge von Schutz- und Aufsichtsrechten des Nacherben gehemmt: Dieser kann ein Verzeichnis der Nachlaßgegenstände verlangen (§ 2121), bei besorgniserregender Vermögenslage oder gefährlichem Geschäftsgebaren des Vorerben Sicherheitsleistung fordern oder ihm sogar die Verwaltung des Nachlasses entziehen lassen (§ 2128 in Verbindung mit § 1052) usw. Der Vorerbe ist also in keiner Weise unbeschränkter Herr seines "Eigentums". Besser steht er nur, wenn der Erblasser die sogenannte "befreite Vorerbschaft" angeordnet hat, bei welcher der Vorerbe von den meisten dieser Fesseln ausdrücklich entbunden oder der Nacherbe nur auf den Überrest eingesetzt ist (§ 2136 f.).- Da der Nacherbe während der Dauer der Vorerbschaft noch weniger Macht über den Nachlaß besitzt,- wohl aber dem Vorerben die ihm sonst verwehrten Geschäftshandlungen gestatten kann, so hat man mit Recht gesagt, nur beide zusammen besäßen zu gesamten Händen die Herrschaft über den Nachlaß.

Betrachtet man die rechtliche Stellung des Nacherben während seiner Wartezeit, soweit sie sich aus dem Gesetze unmittelbar ergibt, so erschöpft sie sich im wesentlichen in den schon angedeuteten Schutz- und Aufsichtsrechten; eines der wichtigsten unter ihnen ist noch zu nennen: die Geltendmachung der dem Nacherben gegenüber bestehenden Unwirksamkeit einer Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung oder Konkurs-Maßnahme hinsichtlich des Nachlasses (§ 2115).Ferner kann der Nacherbe die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist (§ 2142); auf diese vielfach mißdeutete Berechtigung wird noch näher einzugehen sein.-Mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an (§ 2139). In der Regel wird dieser Fall mit dem Tode des Vorerben eintreten (§ 2106), - doch kann der Eintritt auch auf eine Bedingung oder einen bestimmten Zeitpunkt

abgestellt sein. Erlebt ihn der zum Nacherben Eingesetzte nicht, so geht im Zweifel seine Rechtstellung auf seine Erben über (§ 2108).

Endlich muß zur Vervollständigung des Überblicks über das Gebiet der Streitfrage untersucht werden, wessen Rechtsnachfolger denn der Nacherbe ist. Man begibt sich hier auf das Gebiet einer neuen Streitfrage. Die herrschende Lehre [1] nimmt an, er sei Rechtsnachfolger des Erblassers; und in der Tat ist es wohl kaum denkbar, daß man jemandes Erbe und nicht zugleich sein Rechtsnachfolger ist. Aus diesem Grunde ist die Ansicht von H e l l w i g [2] nicht zu teilen, nach welcher der Nacherbe Rechtsnachfolger des Vorerben ist; doch kann man Hellwig insoweit folgen, als es nicht ratsam erscheint, die Vorgängerschaft des Vorerben, während der sich die Erbmasse verändert haben kann, - während der vielleicht neue Verträge abgeschlossen worden sind usw., gänzlich zu unterschlagen. Man wird sich darum für die von L e o n h a r d [3] vertretene Ansicht zu entscheiden haben, nach welcher der Nacherbe Rechtsnachfolger sowohl des Erblassers als auch des Vorerben ist. Daß eines das andere ausschließe, wie man wohl entgegenhalten könnte, kann nicht zugegeben werden: Denn nicht nur juristisch, sondern auch tatsächlich folgt der Nacherbe ja beiden nach. Und wenn oben festgestellt wurde, daß während der Dauer der Vorerbschaft nur Vor- und Nacherbe zusammen die volle rechtliche Gewalt über den Nachlaß besitzen, so kann daraus sehr wohl gefolgert werden, der Nacherbe habe seinen Anteil an dieser Gewalt bereits bei dem Erbfall der früheren rechtlichen Allmacht des Erblassers entlehnt (die sich zu diesem Zeitpunkt gewißermaßen gespalten habe), so daß er auf diesem Teilgebiet dem Erblasser unmittelbar gefolgt sei.[4]

Hat man sich bisher der gesetzlichen Reglung der Nacherbfolge versichert, so gilt es nun, Sinn und Bedeutung dieser Reglung zu erfassen. Erst wenn man sich

---

1) Planck, S.427; Crome, S.357; Strohal, Bd.1, S.195 f.; Meyer, S.257.
2) S.221 ff.
3) Komm.S.290, Lehrbuch, S.232.
4) Von den benutzten Dissertationen entscheiden sich für die h.M. Taucher, Hartmann, Hintz, Richter, Czapski, - Drechsler, - für Leonhards Ansicht Ziffer.

über die Zwecke klar ist, mit welchen der Erblasser die Einrichtung einer Nacherbschaft verbinden kann, vermag man zur Lösung der gestellten Aufgabe zu schreiten.

Einen Hinweis gibt die D e n k s c h r i f t[1] zum BGB.: Praktisch sei die Einsetzung eines Nacherben namentlich dann, wenn der Erblasser seine Kinder nicht ausschließen,- zugleich aber auch den Ehegatten bedenken wolle. Sodann kämen die Fälle in Betracht, in denen der Erblasser besorgen müsse, daß der zunächst berufene Erbe das Vermögen der Familie nicht erhalten werde.-Zwei Hauptzwecke unterscheidet demnach die Denkschrift:Durch Schaffung der Nacherbfolge will sie auf handlichere Weise denselben wirtschaftlichen Erfolg wie die Rechtsform des sogenannten "Berliner Testamentes" erreichen, in welchem sich die Ehegatten wechselseitig zu Nießbrauchern ihres Nachlasses,-die Kinder aber zu Erben einsetzen. Sie will ferner - und hierauf muß besonderes Gewicht gelegt werden - mit der Nacherbfolge der Erhaltung von Familienvermögen dienen; in kaum einer der vielen Arbeiten über das vorliegende Problem wird dieser wichtige Zweck genügend gewürdigt[2]. Die Verwandtschaft der Einsetzung eines Nacherben mit der Bestellung von Familienfideikommissen erhellt auch aus folgender Tatsache: In Bayern geschieht die durch die Reichsverfassung gebotene Überleitung der Fideikommisse in freies Eigentum auf dem Wege, daß der gegenwärtige Fideikommissherr als Vorerbe,-sein Nachfolger als Nacherbe gilt[3]. Endlich weisen auch die P r o t o k o l l e[4] zum BGB.-Entwurf auf den in der Nacherbfolge liegenden "Fideikommissgedanken" hin.

Aus dem Gesagten folgt, daß man bei der Behandlung von Streitfragen auf dem vorliegenden Gebiete sich immer vor Augen halten muß: In kaum einem Falle ist die Sachlage so, daß der Erblasser X einen beliebigen Y zum Vorerben und einen beliebigen - dem X womöglich noch fremden - Z zum Nacherben einsetzt:-Sondern die vom Gesetz abstrakt benannten Rechtsträger Erblasser,Vorerbe,

1) S.283.
2) Die auch sonst im wesentlichen sehr überzeugende Dissertation von Hartmann ausgenommen.
3) Bayr. Ges.= u. Verordn.bl.1919,S. 114; bayr. JMBL. 1919, S. 359.
4) Bd. 5, S. 81 f.

Nacherbe sind in Wirklichkeit durch Menschen vertreten, zwischen denen regelmäßig nahe Verwandtschaftsgrade oder sonstige enge Lebensbeziehungen bestehen,- welche sich zudem oft nur als Träger und Sachverwalter einer höheren Einheit: der Familie fühlen. Diese Gesichtspunkte müssen bei einer wirklich fruchtbaren Bearbeitung des vorliegenden Problems neben den oft einseitig betonten "Verkehrserfordernissen" Berücksichtigung finden.

Die rechtliche Stellung des Nacherben.

Zumeist wird eine Verwertung der Erbschaft durch den künftigen Nacherben für zulässig erachtet. Indessen ist sich die herrschende Lehre nicht darüber einig, unter welcher Form diese Verwertung geschehen könne. Im wesentlichen bestehen zwei Ansichten[1]: Nach der einen ist das gesamte "Recht des Nacherben" übertragbar,-nach der anderen nur der Herausgabeanspruch,welchen der Nacherbe gegen den Vorerben bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge erhält. Gelegentlich werden auch beide Möglichkeiten zugleich vertreten.

Ehe die Erörterung der herrschenden Lehre in Angriff genommen werden kann, muß das sogenannte "Recht des Nacherben" untersucht werden, über dessen Wesen vielfach Unklarheit besteht. Es ist insbesondere die Frage zu beantworten: Hat der künftige Nacherbe während der Dauer der Vorerbschaft bereits ein festes,gegenwärtiges Recht?

Das Gesetz redet wiederholt vom "Recht des Nacherben"[2], z.B. bestimmt § 2108:

"Stirbt der eingesetzte Nacherbe vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge, aber nach dem Eintritte des Erbfalls, so geht sein Recht auf seine Erben über, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist."

Aus dieser Sprechweise folgert P e i s e r [3], das "Recht" sei als solches vom Gesetz ausdrücklich an-

1) Schrifttumsangabe in den folgenden Abschnitten.
2) In den §§ 2108, 2109, 2113, 2115, 2128.
3) S. 80.

erkannt, doch haftet seine Beweisführung wohl allzu sehr an der äußeren Form. Im allgemeinen ist die Sprache des BGB. streng technisch; das hindert aber nicht, daß im Einzelfalle nicht doch eine kleine Ungenauigkeit des Ausdrucks unterlaufen könnte, wie sie etwa die Verwendung des Wortes "Recht" für das allgemeinere "Rechtsstellung" bedeuten würde. So spricht das Gesetz dauernd vom "Nacherben", wo es den künftigen Nacherben zwischen Erbfall und Nacherbfall meint, während welcher Zeit der zum Nacherben Berufene ja noch nicht Erbe ist.

Wenn man zur Erläuterung des BGB. in dieser Frage auf die Vorarbeiten zurückgeht, so fällt die unklare Haltung der Motive [1] auf. Sie stellen dem "nacherbschaftlichen Recht" das "betagte Recht vor Eintritt der Nacherbfolge" gegenüber und bezeichnen weiterhin dieses Recht des Nacherben als "fest, wenn auch bedingt oder betagt". Was ist aber unter einem "festen" Rechte zu verstehen? Doch wohl ein gegenwärtiges, d.h. unbedingtes und unbetagtes! Die Feststellung der Motive besagt nichts weiter, als daß der künftige Nacherbe unter gewissen Umständen das "nacherbschaftliche Recht" erhalten wird, und daß er in dieser seiner Erwartung einen gewissen Schutz durch die Rechtsordnung genießt. Das ist beides unbestritten. Der zukünftige Nacherbe wird das Recht haben, Erbe zu sein; hat er aber auch das "Recht" (im technischen Sinne), Erbe zu werden? Der Gesamteindruck aus der undeutlichen Erklärung der Motive ist eine Verneinung dieser Frage. Anders urteilen die Protokolle [2] und die Denkschrift [3]. Beide lassen erkennen, man habe dem zum Nacherben Berufenen schon vom Erbfall an ein "festes vererbliches Recht" geben wollen, und sehen nicht - wie die Motive - darin nur das spätere, zur Zeit bedingte oder betagte "nacherbschaftliche Recht".

In der Rechtsprechung darf die Ansicht der Protokolle und der Denkschrift als unumschränkt herrschend bezeichnet werden. So stellt das Reichsgericht [4] fest, das Kammergericht und das Oberste Landesgericht stimmten in der Annahme überein, daß das

1) Bd. 5, S. 122.
2) Bd. 5, S. 81 f.
3) S. 284.
4) Bd. 83, S. 435.

Nacherbenrecht ein bereits vorhandenes Recht darstellte,- und schließt sich dieser Annahme an. In einem zweiten Urteil [1] vertritt es den gleichen Standpunkt, der auch anderweitig vom Kammergericht [2] und vom Sächsischen Oberlandesgericht [3] geteilt wird.

Die Ansichten des wissenschaftlichen Schrifttums sind nicht einheitlich. Thiesing [4] und Endemann [5] bezeichnen - wie die Motive - das Nacherbenrecht als bedingt oder betagt; auch darin folgt Endemann den Motiven, daß er das "betagte Recht auf den Anfall" sich selbst widersprechend ein "gegenwärtiges Vermögensrecht" nennt. Dem gegenüber redet Wänting [6] von einem "subjektiven Erbrecht",- Crome [7] von einem "festen Anrecht", Meyer [8] von einem "wirklichen Recht",- sie alle scheinen also Gegenwärtigkeit anzunehmen; der zum gleichen Ziele führende Beweis von Peiser [9] wurde schon erwähnt. Endlich stehen auf demselben Standpunkt Herzfelder [10] und v. Tuhr [11]. Von den benutzten Dissertationen hält Ziffer das Nacherbenrecht für bedingt oder betagt; ausgesprochen entgegengesetzter Ansicht sind Jüttner und Lensk i, mehr oder weniger deutlich aber auch die übrigen.

Während alle bisher angeführten Schriftsteller von einem "Recht" des Nacherben - sei es von einem gegenwärtigen, festen, - sei es von einem bedingten oder betagten, zukünftigen - sprechen, führt du Chesne [12] - viel klarer als die Vertreter des "bedingten oder betagten Rechtes" - aus, das Recht des Nacherben sei we-

1) Bd. 101, S. 185 ff.
2) Beschl. v. 4.3.1912, Jahrb. f. Entsch. des KG. Bd. 42 A, S. 228; abgedruckt auch in Rechtspr. der OLG. e Bd. 26, S. 329.
3) Bd. 30, S. 513.
4) S. 229.
5) Lehrb. S. 459.
6) S. 382.
7) S. 361.
8) S. 272.
9) S. 80.
10) S. 508.
11) 1. Bd., S. 182.
12) Zentr. bl. f. freiw. Ger. sbark. 8. Jahrg., S. 534.

der ein dingliches noch ein obligatorisches Recht; es sei überhaupt kein gegenwärtiges, sondern ein künftiges Recht, eine bloße Rechtslage. Hierin schließt sich ihm H o t h o r n [1] an und fügt hinzu, die Rechtsstellung des Nacherben sei der Ausfluß rein erbrechtlicher Rechtsaussicht. Merkwürdigerweise lesen nahezu alle Schriftsteller, welche sich gegen die Stelle von du Chesne wenden, aus ihr heraus, die Nacherbenstellung könne keine Rechtseigenschaft haben, w e i l sie weder dinglich noch obligatorisch sei, und wenden ein, es gebe doch noch andere Arten subjektiver Rechte. Diese ursächliche Verknüpfung hat du Chesne aber gewiß gänzlich ferngelegen und geht auch in keiner Weise aus seinen Sätzen hervor.

Nachdem die verschiedenen Meinungen im wesentlichen dargestellt worden sind, gilt es, selbst zu der Streitfrage Stellung zu nehmen. Dabei stößt man auf eine Schwierigkeit, welche die Rechtswissenschaft oft zu überwinden hat: Aus den rechtlichen Gegebenheiten werden die Begriffe abgezogen - und mit den so gewonnenen Begriffen wiederum die Lücken im Recht geschlossen; diese Lücken aber sind es gerade, welche die Gewinnung der Begriffe erschweren! Auf den vorliegenden Fall angewendet: Wäre die Veräußerlichkeit des Nacherbenrechtes vom Gesetz ausdrücklich gestattet, so dürfte man annehmen, daß dem künftigen Nacherben schon ein festes Recht zustände; nun soll aber gerade die Veräußerlichkeit auf dem Umwege über die Feststellung, ob der zukünftige Nacherbe bereits ein wirkliches Recht habe, erforscht werden!

Die Veräußerlichkeit ist nicht gesetzlich geregelt, - wohl aber ist in § 2108 die Vererblichkeit der Nacherbenstellung festgelegt. Hieraus die Rechtseigenschaft des "Nacherbenrechtes" zu folgern, wäre nicht gerechtfertigt, - obgleich dies immer wieder geschieht:- Auch der Besitz, welcher nach der wohl richtigen Ansicht kein Recht sondern eine bloße Tatsache ist, geht nach § 857 auf die Erben über.- Mit dem Besitzer teilt der künftige Nacherbe ferner, daß er in seiner Stellung vielfachen rechtlichen Schutz genießt; auch hieraus kann also die Folgerung der Rechtseigenschaft nicht gezogen werden. Untersucht man die Befugnisse des künftigen Nacherben, um aus ihnen auf Umfang und Art seiner Stellung zu schließen, so findet man als wichtigste u. tiefstgehende Berechtigung die der Ausschlagung der Erbschaft,

1) S. 22 ff.

welche er schon mit dem Erbfall erwirbt (§2142). Schlägt der Nacherbe die Erbschaft aus, so verbleibt sie dem Vorerben, soweit nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat. Gewiß wirkt sich diese Befugnis in der Tat wie ein Verfügungsrecht großen Ausmaßes aus; dennoch stellt sie ja keine Verfügung im technischen Sinne über den Nachlaß dar. Wenn man aber aus dieser Berechtigung folgert, die Stellung des künftigen Nacherben sei sehr ähnlich der eines sofort berufenen endgültigen Erben, so muß erwidert werden: Das im § 2142 begründete Ausschlagungsrecht des künftigen Nacherben hat trotz wörtlicher Ähnlichkeit der Bestimmung wenig gemeinsam mit dem Annahme- und Ausschlagungsrecht des gewöhnlichen Erben auf Grund von § 1946. Es ist vielmehr seinem Wesen nach in Wirklichkeit ein E r b v e r z i c h t, wie ihn das BGB. in den §§ 2346 f. zukünftigen gesetzlichen Erben gestattet:- Der zum Nacherben Berufene verzichtet auf die Beerbung des Vorerben hinsichtlich der vom Erblasser herrührenden Erbmasse; daß der Nacherbe in seltenen Fällen nicht erst auf den Tod des Vorerben berufen ist, macht keinen wesentlichen Unterschied: Auch hier handelt es sich um eine Gesamtnachfolge.- Überhaupt hat das "Recht" des Nacherben eine gewisse Ähnlichkeit mit dem zukünftigen Pflichtteilsrecht bei Lebzeiten des Erblassers: Auf beide kann schon vorzeitig verzichtet werden; beide können aber - außer beim Vorliegen schwerer Verfehlungen - nicht entzogen werden. Der Unterschied ist nur, daß der künftig Pflichtteilsberechtigte keinen Einfluß auf die Erhaltung des Nachlassbestandes hat. Aber ist dieser Unterschied wirklich so groß? Vorerbe ist in der Regel der Ehegatte,- Nacherben sind die Kinder des Erblassers, werden diese von ihren Schutz- und Aufsichtsrechten allzu oft gegen die Mutter Gebrauch machen müssen? Wohl kaum! Wie aber der bloß zukünftige Pflichtteilsanspruch bei Lebzeiten des Erblassers noch kein festes Recht darstellt, so wenig braucht das "Recht des Nacherben" ein solches zu tun.

Welcher Art sollte sein Recht sein? P e i s e r[1] hält es für dringlich und begründet dies damit, daß der Nacherbe nach § 52 GBO. ins Grundbuch einzutragen ist. Dieser Beweis erscheint allzu förmlich. Im allgemeinen sind zwar nur dingliche Rechte buchungsfähig; dem steht aber nicht entgegen, daß das Gesetz aus Gründen der

1) S. 78.

Ordnung und Verkehrssicherheit auch einmal die Eintragung einer sonstigen Rechtstatsache vorschreibt; damit wird diese noch nicht zu einem dinglichen Recht. Nicht die GBO.,- das BGB. bestimmt den Kreis der Sachenrechte, und dieser Kreis ist geschlossen. Hierauf weist mit Recht M e i k e l[1] hin, und auch das Kammergericht[2] betont, das Recht des Nacherben sei erbrechtlicher, nicht sachenrechtlicher Natur. Demgegenüber nehmen D e r n b u r g[3] und das Reichsgericht[4] Dinglichkeit an[5]. Endlich führt H o t h o r n[6] sehr treffend aus, der Nacherbe habe kein dingliches Recht am Nachlaß, sein Erbrecht sei keinesfalls gleichbedeutend mit einer Summe einzelner Rechtsbeziehungen in Ansehung der den Nachlaß bildenden Vermögensstücke.- Aber auch nicht obligatorisch kann das Recht des Nacherben genannt werden,- auch hierin ist M e i k e l[7] ,ferner du C h e s n e[8] zu folgen. Es ist ja gar kein Vertragsgegner vorhanden,- die Rechtsstellung des Nacherben erschöpft sich keinesfalls in gewissen schuldrechtlichen Ansprüchen gegen den Vorerben (z.B. in § 2138).- Endlich ist es kein "Vermögensrecht", wie das Reichsgericht[9], der Reichsgerichtsrätekommentar[10] und eine Reihe von Dissertation[11] annehmen. Das wäre es nur, wenn seine Veräußerlichkeit feststünde. Richtigerweise führt darum H o t h o r n[6] aus, ein Vermögensrecht habe der Nacherbe erst, wenn er nach dem Erbfall als Inhaber des Nachlasses auftrete. Und ebenso legt du C h e s n e[12] der Nacherbenstellung familienrechtliche, nicht rein vermögensrechtliche Natur bei. Die Dissertation von B o l l m a n n bezeichnet das Recht des Nacherben als ein Recht auf Rechtsänderung oder -gestaltung; auch diese Einordnung

1) "Recht" 1905, S. 183 ff.
2) Siehe S. 15, Anm. 3.
3) S. 164.
4) Bd. 101, S. 185 ff.
5) Ebenso die Diss. v. Drechsler.
6) S. 21.
7) "Recht"1905, S. 183 ff.
8) Siehe S. 16, Anm. 4.
9) Bd. 83, S. 434 ff.; Bd. 101, S. 185 ff.
10) Siehe S. 15, Anm. 3.
11) Lenski, Drechsler, Stohn, Richter, Bohr.
12) Seuff. Bl. Bd. 75, S. 236, Anm. 4.

ist nicht einwandfrei: Von Rechts wegen fällt die Erbschaft dem Nacherben an (§ 2139), während bei dem wirklichen Rechtsgestaltungsrecht - z.B. dem Recht auf Ehescheidung - die Rechtsänderung besonders (gerichtlich) vorgenommen werden muß,- worauf eben der Berechtigte einen Anspruch hat.- Näher kommt dem wahren Sachverhalt M e y e r [1], wenn er das Nacherbenrecht eine "Erwerbsberechtigung" nennt,- das ist "das absolute Recht, bei Eintritt des Nacherbfalles die Erbschaft ipso iure zu erwerben"; nur krankt diese Begriffsbestimmung daran, daß schon dort ein festes Recht angenommen wird, wo die Verwirklichung der Erwerbsberechtigung an den Eintritt des Nacherbfalles gebunden ist.

Gewiß ist andrerseits das "Nacherbenrecht" mehr als eine bloße Aussicht; das geht schon aus folgender Erwägung hervor: Bei Lebzeiten des Erblassers, während die letztwillige Verfügung also noch umgestoßen werden kann, haben beide - sowohl der künftige Vorerbe als auch der künftige Nacherbe - eine bloße Aussicht. Mit dem Erbfall festigen sich diese Aussichten aber derart, daß der Vorerbe wirklicher Erbe wird, der Nacherbe aber wenigstens eine nun unentziehbare, rechtlich mehr oder weniger gesicherte Hoffnung auf späteren Anfall der Erbschaft erhält. Diese wichtige Verwandlung aus bloßer unverbindlicher Aussicht und das Testament des Erblassers als Quelle dieser Verwandlung ist den Stellungen des Vorerben und des Nacherben gemeinsam. Verschieden ist dagegen der Grad der Festigung, welcher beim Vorerben die Gewinnung eines sofortigen Erbrechtes erreicht. Was aber gewinnt der Nacherbe?

In der Umgangssprache würde man sagen, der zukünftige Nacherbe habe in der Zwischenzeit eine A n w a r t s c h a f t auf spätere Erbenstellung, und in der Tat sind manche Gesetze diesem Sprachgebrauch gefolgt: Das sächsische BGB. von 1863 nannte das "Nacherbenrecht" eine "Erbanwartschaft" und den künftigen Nacherben "Anwärter". Im gleichen Sinne verwendet das schweizerische ZGB. das Wort "Anwartschaft" [2] Der Ausdruck ist gut und anschaulich. Er läßt sowohl die Zukunftselemente im "Nacherbenrecht" klar erkennen, wie auch der gegen-"wärtige" Zustand des von der Rechtsordnung innerhalb gewisser Grenzen geschützten "Wartens" in ihm ent-

1) S. 272.
2) Art. 490, Abs. 3.

halten ist. Darum muß es entschieden bedauert werden, daß unser BGB. nicht auch sich seiner statt des an dieser Stelle farbloseren und zu Fehlschlüssen Anlass gebenden Wortes "Recht" bedient. Hier scheint die technische Sprache des BGB., welche nur scharfe Gegenüberstellungen und keine Mittelwerte kennt, auf Kosten des lebendigen und darum wahrhaft verständlichen Ausdrucks zu weit getrieben zu sein. Im Gegensatz hierzu hat die Wissenschaft den Wert des Wortes erkannt; die meisten Schriftsteller verwenden es[1]. Leider hat dieser Umstand aber wenig zur Klärung der Begriffe beigetragen, da sich bisher kein einheitlicher Gebrauch, den vorzuschreiben das Gesetz versäumt hat - einbürgern konnte. Z.B. nennen du C h e s n e[2] und H o t h o r n[3], welche ja die Eigenschaft eines gegenwärtigen Rechtes bestreiten, die Stellung des künftigen Nacherben eine "Anwartschaft", während andere Schriftsteller wie M e y e r[4] oder C r o m e[5] damit ein wirkliches Nacherbenrecht bezeichnen wollen. Die gleiche Unsicherheit zeigt sich bei B o e h m, der auf Seite 111 von "bereits einem festen vererblichen Recht",- auf Seite 114 von "nur einer, wenn auch vererblichen Anwartschaft" spricht.- Freilich ist bei näherem Hinsehen diese scheinbar nur sprachliche Verwirrung in Wirklichkeit eine begriffliche,- dieselbe, von welcher dieser ganze Abschnitt handelt. Daß das "Recht" des Nacherben eine "A n w a r t s c h a f t" ist, fühlt fast jeder; nicht aber, welche Stellung den sogenannten "Anwartschaften" innerhalb der Ordnung der Begriffe einzuräumen ist,- ob sie z.B. zu den festen Rechten zu zählen sind. Die Fragestellung ist nur allgemeiner,- nicht aber eine andere geworden. Es gilt also, den Begriff der "Anwartschaft" zu klären. Hierum hat sich v. T u h r[6] bemüht. Er gibt keine besondere Begriffsbestimmung der Anwartschaften gegenüber den Rechten, sondern er legt die Schnittlinie zwischen Rechten und Nicht-Rechten mitten durch sie hindurch, indem er Anwartschaften von einem gewissen Grad

1) RG. Bd. 101, S. 185 ff. ("Anwartschaftsrecht"); RG.s-rätekomm. S. 203; Loewenwarter S.69; Cosack S.434 usw.
2) Siehe S. 16, Anm. 4.
3) S. 23.
4) S. 272.
5) S. 361.
6) 1. Bd., S. 182 ff.

von Sicherheit den subjektiven Rechten hinzuzählt;diese bezeichnet er dann als "Warterechte". Entscheidend soll sein, ob der Schutz der Anwartschaft vom Ermessen und Willen des "Berechtigten" abhängt; also ein ähnlicher Unterschied wie zwischen dem Vertrag "zu Gunsten" Dritter (§ 329) und dem "zurechten" Dritter (§ 328),- oder wie zwischen einer Auflage, mit welcher der Erbe im Interesse eines Dritten beschwert wird (§ 2194),und einen Vermächtnis (§ 2174). Durch das Vorhandensein der Schutz- und Aufsichtsrechte und auch durch seine Vererblichkeit erweise sich die Anwartschaft des Nacherben als subjektives Recht, als "Wartrecht".- Wiewohl zugegeben werden muß, daß diese Unterscheidung die Frage der Lösung nähergebracht hat, so kann sie doch nicht als endgültig bezeichnet werden. Ist die Anwartschaft, welche sich nicht als ein Recht darstellt, eine bloße "tatsächliche", also nicht ins Rechtsgebiet gehörige Aussicht?und wenn nicht,- wo ist die Grenze? Zunächst ist es notwendig, den Begriff der Anwartschaft von dem der reinen "Aussicht" oder "Hoffnung" zu sondern. Dies fällt nicht schwer; der Prüfstein ist, ob die Bedingung, unter welcher sich die Erwartung verwirklicht, oder die Frist, nach welcher dies geschieht, schon rechtlich streng festgelegt sind. Dann ist eine echte Anwartschaft,- andernfalls eine bloße Aussicht vorhanden. Es versteht sich, daß das erste beim Nacherben der Fall ist.-Sodann ist die Frage zu klären, wie sich "Recht" und " Anwartschaft" zu einander verhalten. Man empfindet, daß sich beide Begriffe nicht decken,- daß dieses eine Vorstufe zu jenem ist. So bestimmt denn auch S e m e k a[1] Anwartschaft oder Wartrecht - welche Ausdrücke er also gleichsetzt - als "rechtlich gesicherte Möglichkeit einer zukünftigen Vollrechtsentstehung".Eine solche rechtlich gesicherte und geschützte Anwartschaft sei - wie sie ja auch vererblich wäre - das "Recht" des künftigen Nacherben. Diese Einteilung von Semeka erscheint als die glücklichste; von allen wird sie der Sachlage am vollständigsten gerecht. Es ist gut, die "Anwartschaft" dem "Vollrecht" gegenüber zu stellen; sie hat embryonalen Charakter, ist ein w e r d e n d e s oder - wie L e o n h a r d[2] sagt - ein u n reifes Recht.- Dabei ist es verständlich, daß sich Anwartschaften von verschiedenen Stärkegraden finden,- je nachdem, wie weit die

1) S. 121 f.
2) Lehrb. S. 232.

gedachte Entwicklung vom Nicht-Recht zum "Voll-Recht" fortgeschritten ist. Dies ist selbstverständlich nur ein Bild und nicht so aufzufassen, daß die betreffende Anwartschaft selbst während der Wartezeit sich dauernd vorwärtsentwickele.

So kann der Abschnitt mit folgendem Ergebnis geschlossen werden: Das vom Gesetz so genannte "Recht des Nacherben" ist weder dinglicher Art, noch ist es ein "Vermögensrecht"; es ist überhaupt - entgegen der herrschenden Lehre - noch kein "festes" Recht, sondern ein unreifes, ein werdendes, das als "Anwartschaft" bezeichnet werden kann.

Der Schuldvertrag über die Nacherbschaft.

Einer dinglichen Veräußerung der Nacherbschaft durch den zum Nacherben Berufenen wird regelmäßig das Versprechen der Leistung vorangehen; es empfiehlt sich daher, in der vorliegenden Untersuchung zunächst den Schuldvertrag über die Nacherbschaft zu behandeln.-Dieser Schuldvertrag kann zweierlei Inhalt haben: Er kann sich auf Übertragung der Nacherbschaft v o r Eintritt des Falles der Nacherbfolge - also auf Übertragung der A n w a r t s c h a f t richten; oder der künftige Nacherbe verspricht nur eine Hingabe des Nachlasses für die Zukunft, in welcher er selbst schon Erbe ist.- Es versteht sich, daß die Gültigkeit des ersten Falles voll und ganz davon abhängt, ob bereits die Anwartschaft übertragbar ist: Verneinenden Falles ist der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet und daher nach § 306 nichtig; die Entscheidung muß also bis zur Klärung dieser Frage aufgeschoben werden.- Dagegen läßt sich die Unübertragbarkeit der Anwartschaft sehr wohl mit der Zulässigkeit eines auf Leistung n a c h dem Nacherbfalle gerichteten Vertrages vereinigen.

Ob diese Zulässigkeit aber vorliegt, ist streitig; das Gesetz schweigt auch hier. Einen Anhaltspunkt gibt die schon erwähnte Stelle in den M o t i v e n:[1]

"Geprüft ist, ob nicht angezeigt sei, durch eine besondere Vorschrift den über das nacherbschaftliche

1) S. 122 f.

Recht, also auch über das betagte Recht, vor Eintritt der Nacherbfolge abgeschlossenen Vertrag für nichtig zu erklären...Dafür spricht außer anderem, daß erhoffte Nacherbschaften wenig geeignet sind, Verkehrsobjekte zu sein. Eine verfrühte, wenn auch lediglich obligatorische Veräußerung würde unwirtschaftlich und deshalb vielleicht im öffentlichen Interesse tunlichst zu verhüten sein. In zweiter Linie würde durch eine solche Vorschrift klargestellt werden, daß, wie schon der obligatorische, so noch viel mehr der auf eine dingliche Veräußerung oder Belastung des Rechtes des Nacherben gerichtete Vertrag ohne Wirkung ist. Dies würde sich von selbst ergeben, weil der Nacherbe nicht durch Vertrag einen Dritten zum Nacherben machen und den Anfall der Erbschaft herbeiführen könnte. Denn den Erben beruft nur das Gesetz oder der letzte Wille."

Der Umstand jedoch - fahren die Motive fort -, daß der Nacherbe mit dem Eintritte des Erbfalles bereits ein festes, wenn auch bedingtes oder betagtes Recht erworben habe,-ferner die Bedenklichkeit einer bevormundenden Beschränkung der obligatorischen Vertragsfreiheit hätten von der Einführung einer solchen Vorschrift Abstand nehmen lassen.

Das war zur Zeit des ersten Entwurfs zum BGB. - In der heute gültigen Form des Gesetzes bestehen indessen zwei Vorschriften, welche Anlaß zu Bedenken geben könnten. Die erste ist § 312, der einen Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten für nichtig erklärt. Jedoch wird mit Recht allgemein entgegengehalten, daß der vorliegende Fall nicht von diesem Verbot betroffen werde. So bemerkt P l a n c k[1], unter Lebenden könne der Nacherbe nach dem Tode des Erblassers schuldrechtliche Verträge über künftige Veräußerung oder Belastung der Erbschaft schließen; die Vorschrift des § 312 Abs. 1 stehe nicht entgegen, da ja der Eintritt des Erbfalles, d.h. der Tod des Erblassers vorausgesetzt sei, also kein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten in Frage stehe. Der gleichen Meinung ist - unter anderem - das Reichsgericht.[2] Freilich gibt der Umstand zu denken, daß die Nacherbschaft nicht nur der Nachlaß des Erblassers, sondern auch des Vorerben ist: Denn regelmäßig tritt der Nacherbfall mit dem Tode des

1) S. 430 f.
2) Urteil vom 11.7.1907, Gruch.Beitr.Bd.52,S.680 ff.

Vorerben ein,- auf diese Sachlage ist die ganze Rechtseinrichtung zugeschnitten. Und gerade wenn man - wie es hier geschah - den Nacherben als Rechtsnachfolger b e i d e r: des Erblassers u n d des Vorerben ansieht,drängt sich dieses Bedenken auf.. § 312 wurde eingeführt, weil der Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten gegen unser Pietätsgefühl verstößt und zudem leicht wucherischen Charakter annehmen könnte. Beide Einwände bestehen auch im Fall der Versprechung einer Nacherbschaft: Es mutet oft wenig geschmackvoll an, wenn die Kinder als Nacherben den noch in den Händen der Mutter als Vorerbin befindlichen Nachlaß an irgend einen Geldgeber um "ein Butterbrot" versprechen. Aber beide Einwände sind hier immerhin schwächer als beim Schuldvertrag über eine gewöhnliche Erbschaft. Denn hier steht die weitere Erbfolge schon fest, der zum Nacherben Berufene hat wenigstens schon eine feste Anwartschaft;auch steht der Umfang des Nachlasses schon bis zu einem gewissen Grade fest. Und endlich ist - wie oben dargelegt wurde - der Vorerbe nicht in dem Sinne uneingeschränkter Eigentümer wie der "noch lebende Dritte"des § 312,- sondern tatsächlich mehr Nutznießer und Sachwalter. Darum wird man der unbestrittenen herrschenden Lehre folgen müssen, welche § 312 nicht entsprechend anwenden zu dürfen glaubt,- mag man dies Ergebnis - den Ausfluß der grundsätzlichen Vertragsfreiheit - auch rechtspolitisch bedauern.

Die zweite Vorschrift, welche Anlaß zu Bedenken geben könnte und in der Tat auch gegeben hat,ist § 310; dieser erklärt einen Vertrag für nichtig,durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben zu übertragen oder mit einem Niessbrauch zu belasten:- H o t h o r n[1])meint,ein Verkauf der Nacherbschaft würde - trotz § 2373 - eine unzulässige Ausnahme von diesem § 310 bilden.-Dem muß indessen widersprochen werden, zunächst,was die Auseinandersetzung mit § 2373 anbetrifft: Dieser bestimmt, daß ein Erbteil, der dem Verkäufer nach dem Abschlusse des Kaufes durch Nacherbfolge anfällt, im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen sei. Wiewohl § 310 keine ausdrückliche Gestattung des Verkaufes gibt, sondern nur eine Auslegungsregel, so rechnet doch offensichtlich das Gesetz mit der Möglichkeit eines solchen Verkaufes.Und da

1) S. 23.

scheint es doch bedenklich, einzuwenden, diese Vorschrift sei irrtümlich gegeben, weil sie einen gar nicht möglichen Fall annehme; wenn das Gesetz einen Fall vorsieht, so spricht so gut wie alles für dessen Denkbarkeit, und man kann dies nicht so leicht abtun. So nimmt denn auch L e o n h a r d [1] die Möglichkeit obligatorischer Veräußerung im Gegensatz zur dinglichen Übertragung gerade auf Grund von § 2373 an.- Was aber Hothorns zweiten Grund anbelangt: Der Schuldvertrag sei unvereinbar mit dem Verbot des § 310, so gilt hier ähnliches wie das zur Auseinandersetzung mit § 312 gesagte:- § 310 verbietet die Versprechung des zukünftigen Vermögens oder eines Bruchteiles desselben. Der gesetzgeberische Grund liegt nahe: Man soll nicht für alle Zukunft sein wirtschaftliches Dasein aufgeben dürfen, und auch die Aufgabe zu einem Bruchteile ist bedenklich: Wo wäre die Grenze zu ziehen? Gleicherweise unerwünscht ist es aber, wenn der künftige Nacherbe schon vorzeitig die Erbschaft verkauft, bei welcher ein Wertzuwachs eintreten kann,- deren Umfang wenigstens noch nicht feststeht. Immerhin wäre ein solcher Verkauf nicht in so hohem Maße bedenklich wie der in § 310 verbotene, allein darum ist schon eine entsprechende Anwendung ausgeschlossen. Eine unmittelbare Anwendung kommt aber darum nicht in Frage, weil es sich ja gar nicht um das ganze zukünftige Vermögen oder einen Bruchteil desselben handelt. Bruchteil ist hier mathematisch gemeint und daher nicht gleichbedeutend mit "Teil"; es sind überhaupt Erbverträge und ähnliche nicht in § 310 gemeint. Zum gleichen Ergebnis kommen L e o n h a r d [2] und W e r n e r [3]; beide - wie auch M e y e r [4], P l a n c k [5] und andere, endlich die benutzten Dissertationen - halten den Schuldvertrag über die künftige Nacherbschaft für zulässig, und ihnen ist aus den geschilderten Überlegungen heraus zu folgen.- Es versteht sich, daß auf Grund eines Schlusses a majori ad minus diesen Standpunkt alle Schriftsteller teilen, welche eine dingliche Veräußerung der Anwartschaft zulassen; mit ihnen wird man sich im nächsten

1) S.260. Komm.
2) Schuldrecht S. 287.
3) S. 414.
4) S. 272.
5) S. 679.

Abschnitt auseinanderzusetzen haben.

Hinsichtlich der Form wird der Schuldvertrag über die künftige Nacherbschaft ebenso behandelt werden müssen wie der sogenannte "Erbschaftskauf", der in § 2371 geregelt ist. Zwar spricht dieser nur von einer "angefallenen" Erbschaft, aber es bestehen - wie auch Planck[1] feststellt, - keine Bedenken, diese Vorschrift auf die zukünftig anfallende Erbschaft und schon gegenwärtig durch die Anwartschaft gesicherte Erbschaft des Nacherben auszudehnen. Im Gegenteil: Die strenge Formvorschrift, welche für den Verkauf des bereits angefallenen Nachlasses gilt, muß e r s t r e c h t für den noch viel gefährlicheren der künftigen Erbschaft gelten. Zum gleichen Ergebnis kommt die herrschende Lehre.

Die Übertragbarkeit der Anwartschaft.

Die Anwartschaft des Nacherben wird von der herrschenden Lehre für abtretbar gehalten. Diese Anschauung paßt gut zu der meist von den gleichen Schriftstellern vertretenen, daß die Anwartschaft bereits ein "festes, gegenwärtiges Recht" darstelle. Allerdings folgt sie nicht notwendig aus ihr: Es gibt unveräußerliche Rechte!- Wenn man - wie es in der vorliegenden Arbeit geschieht - die Anwartschaft als ein erst werdendes, noch unreifes Recht ansieht, so muß man mit einiger Zwangsläufigkeit auch ihre Unveräußerlichkeit annehmen.- Es sollen zunächst die Beweisgründe der herrschenden Lehre einer Prüfung unterzogen werden. Der Lehre selbst verleiht P l a n c k[1] Ausdruck, wenn er schreibt:

"Der Nacherbe kann ... die Nacherbschaft schon vor Eintritt des Nacherbfalles ... mit dinglicher Wirkung, d.h. dergestalt übertragen, daß der Erwerber mit dem Eintritt des Nacherbfalles in die Rechtsstellung des Nacherben eintritt,- anzunehmen, auszuschlagen, den Gläubigern zu haften hat und der Vorerbe bis dahin nach Maßgabe der §§ 2113 ff., 2120 an die Zustimmung des Dritten gebunden ist."

Man achte auf die Folgerichtigkeit dieser An-

1) S. 430 f.

sicht! Hier ist der Gedanke der Veräußerlichkeit bis in seine letzten Möglichkeiten entwickelt; nicht nur das dereinstige Recht am Vermögen soll übergehen können, - nein, auch alles, was im entferntesten dazugehört: Annahme- und Ausschlagungsrecht, Schutz- und Aufsichtsrechte usw. Auf diese zwar notwendigen, aber höchst bedenklichen Folgerungen aus der herrschenden Lehre wird im nächsten Abschnitt genau eingegangen werden müssen.

Weiterhin beruft sich Planck auf das Reichsgericht, welches sich wiederholt zu der geschilderten Ansicht bekannt hat, besonders in zwei Entscheidungen im 83. [1] und im 101. [2] Bande; doch auch in einem Urteil vom 11. Juli 1907 [3] vertritt es diesen Standpunkt, ferner - offensichtlich, wenn auch nicht ausdrücklich - in einer Entscheidung im 80. Bande[4].- Im 83. Bande werden die übereinstimmenden Ansichten des Kammergerichtes und des Obersten Landesgerichtes, daß das Nacherbenrecht ein v e r ä u ß e r l i c h e s "Vermögensrecht" darstelle, wiedergegeben und gebilligt; im 101. Bande wird der gleichen Stellungnahme eine ausführliche Begründung hinzugefügt: Ausgangspunkt sei die vermögensrechtliche Eigenschaft der Anwartschaft; dem Begriff eines Vermögensrechtes entspreche, daß es verwertbar sei.- Mit der in dieser Arbeit bestrittenen "Vermögensrechtlichkeit " fällt auch die Folgerung des Reichsgerichts; aber sogar sonst erscheint sie gewagt: Es lassen sich sehr wohl Vermögensrechte denken, die eine Zeit lang nicht verwertbar sind, z.B. weil Veräußerungsverbote bestehen. Auf den nicht recht klaren und am besten ganz zu vermeidenden Begriff des "Vermögensrechtes"läßt sich der Beweis nicht stützen.- Weiter führt das Reichsgericht aus, es liege das praktische Bedürfnis vor, die Übertragbarkeit anzuerkennen, da der Nacherbe durch das Recht des Vorerben an jeder Verfügung über die einzelnen Nachlaßgegenstände gehindert sei. Keine anderen Erwägungen seien es gewesen, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, die dingliche Verfügung über den Anteil des Miterben zuzulassen.- Auch diese Gründe vermögen nicht zu überzeugen. W e s h a l b muß ein Ersatz für die fehlende Möglichkeit der Einzelverfügungen geschaffen werden?Und der Vergleich mit der Erbengemeinschaft erscheint hier

1) S. 434 ff.
2) S. 185 ff.
3) Gruch.Beitr.Bd. 52, S. 680 ff.
4) S. 377 ff.

in keiner Weise am Platze, da bei ihr der Fall völlig anders liegt: Die Miterben s i n d schon wirkliche Erben, ihre Rechte unterscheiden sich nicht wesentlich von dem des Alleinerben. Ihre Veräußerlichkeit versteht sich darum von selbst, und § 2033 gibt nur deswegen eine eigenartige Form der Veräußerung, weil sich die gewöhnliche durch die Rechtssätze der Gesamthand verbietet. Da die Miterben schon wirklich "feste" Rechte und nicht nur Anwartschaften haben, so sind ihre etwaigen Veräußerungswünsche gerechtfertigt.- Wäre übrigens der Gesetzgeber bei der Reglung der Nacherbfolge von den gleichen Erwägungen getragen worden wie bei der Reglung der Erbengemeinschaft, so hätte er ja auch hier -entsprechend dem § 1033 - die Übertragbarkeit regeln können. daß er es nicht tat, spricht gegen die Meinung des Reichsgerichts.- Daß ein beachtliches Interesse des Erblassers an dem Unterbleiben solcher Verwertung nicht vorhanden sei - wie das Reichsgericht fortfährt - muß auch bestritten werden. Wie bereits früher unter Berufung auf die Denkschrift ausgeführt wurde, ist die Einsetzung eines Nacherben gerade für den Fall gedacht, daß der Erblasser besorgen muß, der zunächst Berufene werde das Vermögen der Familie nicht erhalten. Während der Erblasser den Vorerben also zu diesem Zweck gebunden hat, soll der Nacherbe gleichzeitig über das Familienvermögen verfügen können,- meist ohne genügende Gegenleistung zu erhalten? Hier muß mit einem entschiedenen Nein geantwortet werden! - Weiterhin wird in der Entscheidung ein "beachtliches wirtschaftliches Bedürfnis" - besonders wo mit erheblichen Wertobjekten oder einer längeren Wartezeit zu rechnen sei - ins Feld geführt; die wirtschaftliche Entwicklung dränge in steigendem Maße auf Nutzbarmachung auch künftiger Werte. Zugegeben mag werden, daß in einzelnen Fällen die Nichtgestattung der Veräußerung eine gewisse Härte bedeutet, besonders wo Mittel zu einer Berufsausbildung oder Geschäftsgründung notwendig werden (und gerade der Nacherbe wird sich häufig in dem betreffenden Alter befinden);selten wird auf die bloße Aussicht der künftigen Erbschaft hin ohne Sicherheit Kredit erteilt werden. Aber für solche Fälle, die der Erblasser ja meist voraussehen wird, kann er eine andere Reglung treffen, die dem, welcher sonst Nacherbe geworden wäre, sofort ein festes Recht gewährt. Er kann ihn zum sofortigen Erben berufen, demjenigen welcher sonst Vorerbe geworden wäre, nur einen umfas-

senden und dauernden Nießbrauch einräumen und ihn somit kaum schlechter stellen als einen Vorerben.- Dem Nachteil geringentlicher Härte stehen große Vorteile gegenüber: Schutz vor Verschleuderung des Nachlasses und andere; dies wird später noch näher ausgeführt werden. Was aber die steigende Notwendigkeit der Nutzbarmachung auch künftiger Werte anbelangt, auf welche das Reichsgericht hinweist, so ist hier gerade zu dem Zweck der Erhaltung und vollen Ausnutzung dieser Werte eine Grenze geboten. Die vorzeitige Veräußerung könnte schweren Schaden anrichten,- wäre - volkstümlich gesprochen - "vorgegessen Brot". So ist zu wünschen, daß gerade die wirtschaftliche Entwicklung von der schrankenlosen Mobilisierbarkeit aller Werte zurückkommen möge.

Der Meinung des Reichsgerichts folgt das Kammergericht [1] Es leitet ebenfalls aus der angeblichen Vermögensrechtlichkeit die Übertragbarkeit ab. Ferner sei diese nicht gesetzlich ausgeschlossen, wohl aber die Vererblichkeit ausdrücklich anerkannt. Aber vieles ist nicht ausdrücklich verboten, was dennoch nicht zulässig ist; und gerade die Vererblichkeit kann entgegengesetzt in Rechnung gestellt werden: W e i l sie - und n u r sie - vom Gesetz anerkannt wird, ist die Veräußerlichkeit n i c h t vorgesehen. Bei anderen Gelegenheiten hat das Gesetz ausdrücklich b e i d e Fälle geregelt, z.B. die Vererblichkeit u n d Übertragbarkeit des Anspruches auf den Pflichtteil (§ 2317), ferner die Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit des Anspruches aus § 1300 (Abs. 2).

Auch das Oberste Landesgericht[2] und das sächsische Oberlandesgericht [3]- also auch andere höchste Gerichte deutscher Länder - folgen der Meinung des Reichsgerichts, - ferner der größte Teil des Schrifttums, welcher jedoch keine neuen Gründe anführt.[4]

Die Frage ist in den Kommissionssitzungen für

1) Siehe S. 15, Anm. 3.
2) Zentr.bl.f.freiw.Ger.sbark., 14. Jahrg. S. 460 ff.
3) Entscheidungen Bd. 30, S. 513.
4) Loewenwarter S. 69, Endemann Lehrb. S.459, Soergel S. 669, Planck S. 430 f., Crome S. 679, Herzfelder S. 515, Goldschmidt S. 166, Reichsger.srätekomm. S. 203, 208, Semeka S. 122, Kretzschmar S.2, die Diss. v. Lenski, Jüttner, Drechsler, Richter.

die zweite Lesung des BGB.-Entwurfs erörtert worden [1]. Es war die Streichung des jetzigen § 2108 Abs. 2 beantragt worden, worin die Vererblichkeit des Nacherbenrechts bestimmt wird. Das Protokoll über die Verhandlung dieses Antrages läßt eine merkwürdige Unklarheit erkennen. Die Antragsteller schienen angenommen zu haben, daß mit der Erblichkeit zugleich die Pfändbarkeit der Anwartschaft ausgesprochen würde, was durchaus nicht zutrifft. Nun wurde der Antrag mit der Rücksicht auf die Kinder des Erblassers begründet, damit ihnen die Erbschaft nicht durch ihres Vaters Gläubiger entzogen werden könnte. Aus dieser Rücksicht heraus wollte man sie also Gefahr laufen lassen, bei vorzeitigem Tod des Vaters überhaupt nicht in die Anwartschaft aufzurücken! Die Mehrzahl der Kommission wendete ein, die Vorschrift sei durch das dem Testator näherliegende Interesse des Nacherben selbst geboten. Dem auf möglichste Erhaltung des Vermögens des Erblassers für dessen Familie gehenden Fideikommissgedanken, auf welchen sich die Minderheit für die Streichung der Vorschrift berufen habe, könne ein so weitgehender Einfluß nicht zugestanden werden. Der Wert, welchen ein festes, durch die Lebensdauer des Berechtigten nicht bedingtes Recht auf die Nacherbschaft für den zum Nacherben Berufenen hinsichtlich seiner Kreditwürdigkeit habe, wiege die Bedenken der Gegenseite auf. Daher - läßt das Protokoll durchblicken - habe man dem zum Nacherben Berufenen schon vom Nacherbfall an ein festes vererbliches Recht einzuräumen, welches derselbe bereits vor dem endgültigen Anfall der Erbschaft verwerten könne. Die naheliegende Folgerung aber, die Verwertbarkeit neben der Vererblichkeit im Gesetz auszusprechen, wurde nicht gezogen! Daher ist die von der Kommissionsmehrheit vertretene Ansicht unverbindlich wie die gesamten Vorarbeiten zum BGB., mögen diese noch so viel Klärungen und Anregungen liefern. Entscheidend ist, was o b j e k t i v aus dem Gesetz herausgelesen werden muß.

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre betont Kipp [2] mit Recht, der Nacherbe könne nicht das Anwartschaftsrecht in dem Sinne veräußern, daß der Dritte mit Eintritt des Nacherbfalles in die Stellung des Nacherben träte, anzunehmen und auszuschlagen hätte, den Gläubi-

1) Bd. 5, S. 81 f.
2) S. 314.

gern haftete, - und daß der Dritte vor dem Nacherbfall die Zustimmungsrechte und -pflichten des Nacherben hätte. Derselben Ansicht ist M e y e r[1] mit der überzeugenden Begründung, daß entgegengesetzten Falles der Nacherbe jemanden durch Vertrag zum Erben machen könnte, den nach unserem Recht nur das Gesetz oder der letzte Wille zu berufen vermöchten. Ergebnis und Beweisführung teilt er mit der auf S. 25 angeführten Stelle der M o t i v e[2].- Gegen die Fähigkeit des Nacherben, seine Anwartschaft dinglich zu veräußern, wendet sich ferner L e o n h a r d[3]. Er führt aus, daß eine solche Übertragung nur insoweit erfolgen könne, als dies mit der schon angefallenen Erbschaft möglich sei; an neuerer Stelle[4] leitet er das gleiche Ergebnis daher, daß eine Veräußerung oft die Verschleuderung des noch unreifen Rechtes bedeuten würde; beide Gründe sind durchschlagend. Der erste von ihnen - daß die Veräußerlichkeit der Anwartschaft nicht weiter gehen könnte als die des fertigen Erbrechtes - hat auch C o s a c k[5] zum gleichen Schluß geführt. Für H o t h o r n[6] ist die Rechtsstellung des Nacherben deshalb nicht übertragbar, weil sie Ausfluß rein erbrechtlicher Rechtsaussicht sei. Endlich stehen auf dem gleichen Standpunkt W ä n t i g[7], J a s t r o w[8], d u C h e s n e und eine Reihe von Dissertationen[9]. Du Chesne hat allerdings geschwankt. Erst[10] hat er die Übertragung und Verpfändung für zulässig erachtet,- dann[11] aber diese Meinung ausdrücklich geändert, weil das Nacherbenrecht kein reines Vermögensrecht, vielmehr familienrechtlicher Natur u. diese familienrechtliche Stellung unübertragbar sei. Hierin ist ihm zu folgen; ebenfalls darin, daß er die Pfändung für unzulässig hält, auch an der früheren Stelle[12]. An

1) S. 272.
2) S. 122 f.
3) Komm. S. 272.
4) Lehrb. S. 232.
5) S. 434.
6) S. 24.
7) S. 387.
8) S. 322.
9) Ziffer, Bohr, Hartmann, Mittag, Hintz, Stohn, Mannhardt, Bussmann.
10) Zentr.bl.f.freiw.Ger.sbark., 9.Jahrg., S. 234.
11) Seuff. Bl. Bd. 75, S. 235 ff.
12) Ferner Zentr.bl.f.freiw.Ger.sbark., 8.Jahrg. S. 534.

dieser führt er aus, die Pfändung stelle einen Rechtszwang dar, der nur möglich sei, wenn auch schon der zu pfändende Schuldner einen Rechtszwang habe, sonst gehe der Zugriff ins Leere. P e i s e r[1] nimmt eine Möglichkeit der Pfändung nur beim Mit- Nacherben, nicht beim alleinigen an. Im übrigen erkennen die Schriftsteller, soweit sie sich auf den Standpunkt zulässiger Veräußerung und Verpfändung des Nacherbenrechtes stellen, auch die Möglichkeit der Pfändung an. Nur weisen H e r z f e l d e r[2], S o e r g e l[3] und S e m e k a[4] mit Recht darauf hin, daß der Nacherbe den Gläubigern zum Trotz die Erbschaft ausschlagen und somit den Zweck der Pfändung vereiteln könnte, weshalb die Frage nicht sehr praktisch sei. In freiwilliger Veräußerung und Pfandbestellung dagegen sieht die Mehrzahl eine rechtlich zulässige Annahme der Erbschaft.[5]

Nur P l a n c k nimmt an der auf Seite 29 f. wiedergegebenen Stelle an, daß sogar das Ausschlagungs- und Annahmerecht mit übergehen könne.- So offensichtlich die herrschende Lehre dieser Ergänzung bedarf - denn was nützte es dem Erwerber oder Pfandgläubiger,wenn der Nachlaß durch eine Ausschlagung seitens des Nacherben ihrem Zugriff entzogen werden könnte -, so zweifelhaft ist doch, ob die Erbschaft schon vor Eintritt des Nacherbfalles durch den künftigen Nacherben wirksam angenommen werden kann. Das Gesetz besagt nämlich in § 2142 nur:

"Der Nacherbe kann die Erbschaft a u s s c h l a g e n, sobald der Erbfall eingetreten ist."

Es liegt der Gedanke nahe, daß durch diese einseitige Betonung des Ausschlagungsrechtes die vorzeitige A n n a h m e ausgeschlossen sei; besonders, weil der gesetzgeberische Grund, welcher für Gestattung der Ausschlagung vorlag, hier fehlt. Dieser Grund bestand in

1) S. 80.
2) S. 515.
3) S. 669.
4) S. 189.
5) RG. Bd. 80, S. 377, Planck S. 517, Peiser S. 74, Soergel S. 669, Leonhard Komm. S. 293 (vgl.jedoch Lehrb. S. 232), Wäntig S. 407, Diss. von Ziffer,Taucher, Bohr, Mittag, Hintz, Richter, Czapski,Bussmann, Loosch, Jüttner, Lenski.

der Notwendigkeit, einem sich benachteiligt fühlenden Nacherben durch Gewährung des Ausschlagungsrechtes die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruches zu ermöglichen (§ 2306). Die herrschende Lehre führt aus der Entstehungsgeschichte des BGB. an, § 2142 sei durch die spätere Einführung des § 1946:

"Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist" - überflüssig geworden, man habe ihn nur versehentlich stehen lassen. Solche Beweismittel müssen vorsichtig gewertet werden. Keine Entstehungsgeschichte vermag die Bedeutung aufzuheben, welche o b j e k t i v aus einer Gesetzesvorschrift herauszulesen ist. Auch kann man einwenden, daß der "Nacherbe" im Sinne von § 2142 noch kein wirklicher "Erbe" im Sinne von § 1946 ist, wenngleich das Gesetz ungenauerweise immer vom "Nacherben" anstatt vom "künftigen Nacherben" spricht. Endlich wurde schon im vorletzten Abschnitt ausgeführt, daß trotz beinahe wörtlicher Übereinstimmung das Annahme- und Ausschlagungsrecht des Erben nach § 1946 wenig gemeinsames mit dem Ausschlagungsrecht des künftigen Nacherben nach § 2142 hat: Indem das letztere dem Recht auf Erbverzicht viel näher steht.

So lehnt denn auch eine Anzahl von Schriftstellern die Möglichkeit vorzeitiger Annahme ab. D e r n b u r g [1] begründet diese Ansicht damit, die Erbschaft könne sich während der Wartezeit so verschlechtern, daß der Nacherbe ihre vorzeitige Annahme bereuen würde, und M e i s c h e i d e r [2] meint, man könne nun einmal den Nacherben nicht vorzeitig binden, wenn das Gesetz schweige. Gegen die Annahmemöglichkeit sprechen sich ferner M e y e r [3] und M a n t e y [4] aus; auch L e o n h a r d [5], der früher [6] die Frage bejaht hat [7]. Die Antwort auf diese Streitfrage ist recht schwierig, doch erscheint die Verneinung richtiger. Die Entscheidung ist von dem Standpunkt aus, welcher in der vorliegenden Arbeit vertreten wird: Daß die Anwartschaft unveräußerlich

1) S. 178.
2) S. 283.
3) S. 295.
4) S. 958.
5) Lehrb. S. 232.
6) Komm. S. 293.
7) So auch die Diss.v.Mannhardt u. Bollmann.

ist, unwesentlich. Verneint man die Annahmemöglichkeit so ergibt sich jedoch ein weiterer starker Grund gegen die herrschende Lehre: Diese wäre nämlich undurchführbar. Aber selbst bei bejahendem Ergebnis würde die Erörterung der Frage gezeigt haben, welchen schwierigen Weg die herrschende Lehre gehen muß, um ihre Ansicht überhaupt in die Tat umsetzen zu können.

Als Ergebnis dieses Abschnittes mag festgehalten werden: Sämtliche Gründe, welche für die Übertragbarkeit der Nacherben-Anwartschaft angeführt werden, vermögen nicht zu überzeugen. Es sprechen vielmehr sehr starke Gründe d a g e g e n ; weitere Gegengründe werden im nächsten Abschnitt ausgeführt werden.

Die Übertragbarkeit des Herausgabeanspruchs und der Schutzrechte.

Nur einige Schriftsteller, welche die Unveräusserlichkeit der Nacherbenanwartschaft vertreten, lehnen j e d e Verwertbarkeit der Erbschaft durch den künftigen Nacherben ab; die übrigen gelangen auf Umwegen zu sehr ähnlichen Ergebnissen wie ihre scheinbaren Gegner. Das hat seinen Grund unter anderem darin, daß die Unveräußerlichkeit der Anwartschaft vielfach nur aus Formgründen für unzulässig gehalten wird: Man könne so wenig über die Anwartschaft wie über die bereits angefallene Erbschaft durch eine einzige Handlung verfügen. So richtig diese Ansicht ist, so erschöpft sie die Frage doch nicht in ihrer ganzen Tiefe; sie gibt nur einen weiteren Grund,- nicht den Grund gegen die Übertragbarkeit. Selbst wenn man nämlich über die schon angefallene Erbschaft durch einheitlichen Übertragungsakt verfügen könnte (ähnlich wie es ja der Anteilserbe kann), - was wäre damit für die Übertragbarkeit der Anwartschaft gesagt?-

In einigen Dissertationen wird vom Gesamtrecht des Nacherben eine vermögensrechtliche Seite abgespalten u. gesondert für übertragbar gehalten. Wenn man aber das "Recht des Nacherben" als einheitliche und umfassende Anwartschaft erkennt, so wird man dieser Ansicht nicht folgen können. Die Anwartschaft ist keine (teilbare) Sum-

me verschiedener Rechte, unter denen sich einzelne"Vermögensrechte" befinden, sondern alle Befugnisse des Nacherben sind seiner Anwartschaft u n t e r g e o r d n e t, sind ihr A u s f l u ß. Es muß also B o l l m a n n, der die Verfügung über "die im Entstehen begriffenen Einzelrechte am Nachlaß",- und C z a p s k i, der die Übertragung von Anwartschaftsrechten an den einzelnen Nachlaßgegenständen gestatten will,widersprochen werden; ebenso L o o s c h, der von der höchstpersönlichen Seite der Anwartschaft absehen und über den Rest verfügen lassen will, und T a u c h e r,der auf ähnlichem Standpunkte steht.

Wichtiger ist die verbreitete Lehre, man könne den zukünftigen H e r a u s g a b e a n s p r u c h übertragen, welcher dem Nacherben bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge zusteht. Während einige Schriftsteller [1] die fehlende Möglichkeit einer Gesamtrechtsveräusserung durch Abtretung dieses Anspruches ersetzen wollen, werden von anderen [2] b e i d e Formen der Erbschaftsverwertung für zulässig erachtet.

Es muß im Gegensatz zu diesen Ansichten sehr zweifelhaft genannt werden, ob der Nacherbe einen besonderen Herausgabeanspruch neben seinem Anfallsrecht besitzt [3], welches sich auf § 2139 gründet:

"Mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an."

Ein besonderer Herausgabeanspruch wird dagegen von den Vertretern der bezeichneten Lehre meist auf §2130 gestützt, welcher lautet:

"Der Vorerbe ist nach dem Eintritte der Nacherbfolge verpflichtet, dem Nacherben die Erbschaft in dem Zustande herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt" usw.

Aus der Ausdrucksweise dieser Vorschrift scheint

1) Wäntig S. 399, Kipp S. 314, Diss.v.Ziffer,Bohr,Hartmann, Mittag, Hintz, Stohn, Mannhardt, Bussmann.
2) Planck S. 430, Diss. v. Drechsler.
3) So auch Bollmanns Diss.

aber vielmehr hervorzugehen, daß kein besonderer Anspruch mit ihr geschaffen, sondern nur der Inhalt des Anfallsrechtes,- dazu die Ordnungspflicht des Vorerben umschrieben werden sollte. In ähnlichem Sinne ist auch L e o n h a r d [1] zu verstehen, wenn er ausführt, der Nacherbe könne seinen Anspruch auf Herausgabe nicht abtreten; denn da sein ganzes Erbrecht einstweilen nur in diesem Anspruch bestehe, so würde das sachlich eine dingliche Veräußerung des Erbrechtes bedeuten.- Auch H o t h o r n [2] äußert schwere Bedenken gegen die Übertragbarkeit des Herausgabeanspruches; was träte ein - fragt er - wenn gelegentlich kein solcher vorhanden sei(z.B. durch Vereinigung von Anspruch und Nachlaß in einer Hand)? Und bei Anteilsnacherben würde eine Verkehrsunsicherheit dadurch entstehen, daß sie erstens ihr Auseinandersetzungsguthaben, zweitens ihren Anteil veräussern könnten.-

Auch wenn man zur Annahme eines besonderen Herausgabeanspruches gelangen würde, so müßte man dennoch seine Übertragbarkeit entschieden leugnen. Die Gründe sind genau dieselben, welche einer Übertragbarkeit der Anwartschaft im ganzen entgegenstehen. Außer denen, mit welchen im vorigen Abschnitt versucht wurde, die Beweise der herrschenden Lehre zu widerlegen, müssen noch folgende genannt werden:

Die vorzeitige Verwertbarkeit wäre in hohem Maße u n w i r t s c h a f t l i c h. Zunächst für den Nacherben selbst. Wer würde ihm die Erbschaft voll bezahlen? Er müßte sie so weit unter ihrem Werte hergeben, daß das Wort "Verwertung" kaum noch am Platze erschiene! Mit Recht führt K r e t z s c h m a r [3] aus, die Ungewißheit über den Zeitpunkt des Eintrittes der Nacherbfolge und über die Erhaltung des Nachlassbestandes schließe jede sichere Schätzung aus; daher würden die Bieter ihren Geboten nur immer den Eintritt der ungünstigsten Umstände zu Grunde legen. Daraus folgert er richtig, daß auch für die Gläubiger des Nacherben eine Zwangsverwertung unwirtschaftlich wäre: Sie würde eine Verschleuderung von Vermögenswerten des Schuldners bedeuten. In gleicher Richtung liegt die Bemerkung von

1)Komm. S. 260.
2)S. 25.
3)S.2.

L e o n h a r d[1], es sei gar nicht zu bedauern, daß noch niemand ein festes Recht an der Anwartschaft des Nacherben erlangen könnte, denn solche Vorausverfügungen lähmten die Tatkraft des Verfügenden und hätten recht oft einen wucherischen Charakter. An anderer Stelle spricht er ebenfalls überzeugend von der unwirtschaftlichen Verschleuderung des noch unreifen Rechtes[2].Desgleichen weisen die Motive [3] darauf hin,eine verfrühte Veräußerung würde unwirtschaftlich und deshalb vielleicht im öffentlichen Interesse tunlichst zu verhüten sein; erhoffte Nacherbschaften seien als Verkehrsobjekte wenig geeignet.- Die "wirtschaftliche Notwendigkeit",welche immer von der herrschenden Lehre ins Feld geführt wird, kann also durchaus nicht anerkannt werden. Im Gegenteil spricht eine wirtschaftliche Notwendigkeit dafür, die vermögenzerstörende Vorausverfügung zu unterbinden. Der "Fideikommissgedanke", welcher auf möglichste Erhaltung des Vermögens des Erblassers für dessen Familie geht, wurde ja auch in der genannten Kommissionssitzung vor der zweiten Lesung des BGB.-Entwurfs erwähnt [4].

Aber so wichtig dieser Gesichtspunkt ist,- so ist es doch noch nicht der letzte derart wichtige, welcher gegen die herrschende Lehre zeugt; einen neuen gewinnt man aus folgender Erwägung:-

Eine Übertragung der Nacherbenanwartschaft oder auch nur des Herausgabeanspruchs ist allein dann denkbar, wenn der Erwerber gegen ihn beeinträchtigende Maßnahmen des Vorerben gesichert wird. Eine solche Sicherung wird meistens in der Form vorgeschlagen, daß der Nacherbe seine Schutz- und Aufsichtsrechte mit überträgt,- ja, vielfach wird angenommen, daß sie von der veräußerten Anwartschaft nicht zu trennen und daher von selbst mit übergegangen sind. In diesem Sinne äußert sich P l a n c k an der auf Seite 29 dieser Arbeit angeführten Stelle[5]. Dagegen halten K i p p [6] und

1) Komm. S. 260.
2) Lehrb. S. 232.
3) Bd. 5, S. 122.
4) Protokolle Bd. 5, S. 81 f.
5) V.d.Diss.f.Übertragbark. der Schutzrechte: Ziffer, Richter, Loosch, Drechsler,-wohl auch Czapski und Lenski.
6) S. 314.

Wäntig[1] die Schutzrechte nicht für übertragbar; beide lassen - wie erwähnt - nur die Veräußerung des Herausgabeanspruchs, nicht der ganzen Anwartschaft zu. Nach Kipps Ansicht ist also der Erwerber nicht gegen die ihm durch Handlungen des Vorerben drohenden Gefahren geschützt. Dann hat aber die Übertragung des Herausgabeanspruches, welche gerade der dinglichen Sicherung des Vertragsgegeners dienen soll, keinen Zweck! Wäntig empfiehlt dagegen, die Ausübung der Schutz- und Aufsichtsrechte durch (vielleicht sogar unentziehbare) Vollmacht zu übertragen[2] und vermeidet dadurch die bei Kipp vorhandene Lücke. Indessen ist auch sein Weg nicht gangbar. Durch nichts unterscheidet sich in der Auswirkung die unwiderrufliche Übertragung der Ausübung eines solchen Rechtes von dessen gänzlichem Übergang. Auf die juristische Konstruktion kommt es aber hier nicht an, sondern auf die tatsächliche Bedeutung. Darum gelten gegen Wäntigs Vorschlag dieselben schwerwiegenden Gründe, welche sich gegen eine gänzliche Übertragbarkeit der Schutz- und Aufsichtsrechte wenden, und das sind folgende:-

Das Rechtsverhältnis zwischen Vor- und Nacherben ist ein recht heikles und geeignet, Unstimmigkeiten zu erzeugen. Darum ist eine friedliche Zusammenarbeit nur dann möglich, wenn beide Teile - besonders aber der Nacherbe - mit großem Takt ihre Rechte und Pflichten wahrnehmen. Dies wird aber vorzüglich dort der Fall sein, wo die wechselseitigen Beziehungen nicht nur rein juristischer und geschäftlicher, sondern auch persönlicher - verwandtschaftlich-freundschaftlicher Natur sind. Die ganze Einrichtung der Nacherbfolge ist eben nicht für abstrakte Rechtssubjekte geschaffen, die nur geschäftlich verhandelnder Weise mit einander verkehren, sondern für lebendige Menschen, welche in den allermeisten Fällen ein und derselben Familie angehören. Aus diesem Rahmen darf die Rechtsfrage nicht gelöst werden, will man zu richtigen und brauchbaren Ergebnissen gelangen.- Wenn der Sohn als Nacherbe der Mutter als Vorerbin gegenüber seine Rechte betätigt, so wird dies etwas ganz anderes sein, als wenn fremde Menschen dies tun, denen der Sohn seine Rechte abgetreten hat. Wo vorher wenige Worte genügten, setzt nun ein Wechsel von Schriftsätzen ein, wo die Frage vorher nur in den äußersten Fäl-

1) S. 402.
2) Desgl. d.Diss.v.Hartmann.

len kühl-geschäftlich und nur-juristisch verhandelt wurde, dürfte diese Tonart in Zukunft die Regel bilden. Und die Folge davon: Beide Teile versuchen soviel als möglich für sich herauszuschlagen, der Nachlaß wird zerrüttet. Dabei ist der günstigste Fall angenommen, daß der Nacherbe seine Rechtsstellung auf nur einen anderen übertragen hat. Nimmt man aber erst einmal die Übertragbarkeit an, so steht nichts im Wege, auch eine anteilige Übertragung auf m e h r e r e zuzulassen. Eines Tages steht also der Vorerbe einer Mehrheit von ihm gänzlich fremden Anteilsnacherben gegenüber, die ihrerseits wieder weiterverfügen können. Auf diese Weise wird die schon genügend eingeengte Rechtsstellung des Vorerben, der - wie gesagt - auf Takt und Wohlwollen des Nacherben angewiesen ist, völlig unerträglich. Diese notwendigen Folgerungen aus der herrschenden Lehre führen zu höchst unerwünschten, ja unsinnigen Ergebnissen; deshalb muß daran festgehalten werden:

Die Rechtsstellung des künftigen Nacherben, sein Herausgabeanspruch und die Ausübung seiner Schutz- und Aufsichtsrechte ist s t r e n g p e r s ö n l i c h, ist familien- und erbrechtlich, nicht aber "vermögensrechtlich". Erbe jemandes zu werden - wozu der künftige Nacherbe berufen ist - bedeutet mehr, als bloß in den Genuß des Nachlasses zu gelangen; es ist im wirklichen Wort-Sinn eine "Berufung", eine höchstpersönliche Vertrauensangelegenheit, ist in gewisser Weise die Fortsetzung der Rechtspersönlichkeit des Erblassers. Und diese Berufung kann nicht zum Gegenstande geschäftlicher "Verwertung" gemacht werden.

Die Rechtslage im Fall einer Nacherbengemeinschaft.

Im wesentlichen wäre somit die Aufgabe gelöst;es bleibt jedoch noch die Frage zu beantworten, ob zukünftige Mit-Nacherben bereits über ihren Anteil verfügen können. Es mag Wunder nehmen, daß dieser Fall noch gesondert behandelt wird, müssen doch die bereits gefällten Entscheidungen betreffs der Verwertbarkeit der künftigen Nacherbschaft auch ihn einschließen. Jedoch ist diese Betrachtung notwendig, weil im Schrifttum die beiden Fälle des Einzel-Nacherben und der Nacherbengemeinschaft gelegentlich verschieden behandelt werden.So bestreitet C o s a c k [1] zwar die Verfügungsmacht des künftigen Allein-Nacherben über seine Anwartschaft: Sie könne nicht größer sein als die eines endgültigen Erben gegenüber seinem endgültigen Erbrecht,- hält dagegen die Verfügung eines künftigen Mit-Nacherben über seinen künftigen Anteil für gültig. Derselben Ansicht ist mit gleicher Begründung L e o n h a r d in seinem Kommentar[2], hat aber im Lehrbuch [3] diese Einschränkung seiner Lehre fallen lassen. Dies entspricht dem Umstand, daß er nicht mehr - wie im Kommentar und wie es Cosack tut - allein deshalb das Nacherbenrecht für unübertragbar hält, weil man nicht einmal über die bereits angefallene Erbschaft durch einheitliche Übertragungshandlung verfügen könne (also nicht mehr aus einem mehr formalen Grunde), sondern weil die Vorausverfügung die Verschleuderung des noch unreifen Rechtes bedeuten würde. Eine Veräußerung des künftigen Miterben-Anteils lassen ferner W ä n t i g [4] und P e i s e r [5] zu, welche ebenfalls die Unverwertbarkeit der ganzen Anwartschaft im Gegensatz zur anteiligen lediglich vom Formalen her entwickeln [6]. Gegen eine vorzeitige Übertragbarkeit des Miterbenanteils sprechen aber dieselben Gründe wie gegen eine Vorausverfügung über die künftige Erbschaft des Allein-

1) S. 435.
2) S. 260.
3) S. 232.
4) S. 387.
5) S. 80.
6) Für Übertragbarkeit des künftigen Mit-Nacherbenanteils sämtliche benutzten Dissertationen.

nacherben. Mit Recht führt K i p p[1] aus, die Vorschrift welche § 2033 für das vorhandene Miterbenrecht gebe, lasse sich auf die Anwartschaft nicht übertragen.- Die anteilige Anwartschaft ist nämlich nicht weniger unreif, nicht weniger schwer abzuschätzen als die ganze. Und wenn auch die Gefahr, daß sich Fremde in die Nacherbenstellung eindrängen, durch das Vorkaufsrecht der Miterben (§ 2034) etwas eingeschränkt wäre, so wäre sie dennoch nicht ganz beseitigt. Andererseits können die Gründe, welche den Gesetzgeber bewogen haben, die Verfügung über den Miterben-Anteil zuzulassen, bei der Gemeinschaft künftiger Nacherben nicht anerkannt werden. Der Miterbe, welcher schon Erbe ist, kann wirklich mit Recht darauf Anspruch erheben, aus der oft lästigen und ihn am Genuß seiner Erbschaft hindernden Gemeinschaft entlassen zu werden; zwar kann er nach § 2042 jederzeit die Auseinandersetzung verlangen,- jedoch bedingt diese ein verwickeltes und langwieriges Verfahren. Anders der künftige Anteilserbe. Er hat noch kein festes Recht am Nachlaß, ihn braucht die Bindung an die Gemeinschaft nicht zu stören. Es wäre also völlig unberechtigt, ihn besser zu stellen als den alleinigen Nacherben. § 2033 gilt nur für den endgültigen Anteils-Erben.

1) S. 314.

Zusammenfassung der Ergebnisse.

Die vorliegende Untersuchung kann mit folgenden Ergebnissen abgeschlossen werden:-

Die künftige Nacherbschaft ist nicht verwertbar; weder kann die Anwartschaft veräußert, verpfändet, gepfändet werden, noch der Herausgabeanspruch,welchen der Nacherbe gegen den Vorerben beim Nacherbfall erhält.Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um einen alleinigen Nacherben oder um eine Nacherbengemeinschaft handelt. Ebensowenig kann der zum Nacherben Berufene die Erbschaft annehmen, ehe der Nacherbfall eingetreten ist. Lediglich der Schuldvertrag über die künftige Nacherbschaft ist in der Zeit zwischen Erbfall und Nacherbfall möglich.

Diese Ergebnisse stimmen nicht nur mit dem Gesetz bei dessen als richtig erscheinender Auslegung überein: Sie sind auch die einzig erwünschten im wahren Interesse der Beteiligten und der Erhaltung des Familienvermögens.

----=oOo=---

Lebenslauf.

Am 25. Mai 1907 wurde ich, Alfred von Kessel, als Sohn des Regierungsreferendars, jetzigen Regierungsassessors a.D. und Landesältesten Eberhard von Kessel und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Gruschwitz, in Liegnitz geboren. Von 1917 bis 1926 besuchte ich bis zu bestandener Reifeprüfung die Laubeschule (Realgymnasium) zu Sprottau in Schlesien. Die ersten drei Semester studierte ich an der Universität München, das vierte an der Universität Berlin, das fünfte bis siebente an der Universität Marburg. Am 23. April 1930 bestand ich vor der Prüfungskommission am Oberlandesgericht in Kassel die Erste juristische Prüfung und wurde im Sommer desselben Jahres zum Referendar ernannt. Im Frühjahr 1931 nahm ich meinen Abschied aus dem Justizdienst, um mich dem Studium der Philosophie zu widmen, und bestand die mündliche juristische Doktorprüfung in Marburg am 18. Mai 1931.